

DIREITO PENAL E PREOCUPAÇÃO PELAS VÍTIMAS. A RENOVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE OFENSIVIDADE E PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS APÓS A EXPERIÊNCIA DO TOTALITARISMO

Milton Gustavo Vasconcelos Barbosa¹

Wilson Franck Junior²

RESUMO: Os autores analisam o surgimento da ideia de crime como ofensa a bens jurídicos e acompanham sua evolução desde a experiência liberal e iluminista, com a sua respectiva derrocada e mitigação no totalitário direito penal nacional-socialista, até o seu ressurgimento e renovação nos dias atuais. Os autores defendem a ideia de que o princípio de ofensividade, enquanto garantia assegurada nas Constituições do Pós-guerra, tem como principal fundamento a ideia de proteção e preocupação pelas vítimas, movimento este já iniciado na modernidade com o estado liberal, mas retomado em agudeza, profundidade e força após o Holocausto Nazista.

PALAVRAS-CHAVE: Ofensividade. Bem Jurídico. Mecanismo vitimário. Liberdades individuais.

ABSTRACT: The authors examine the emergence of the idea of crime as an offense against legal goods and accompany its evolution from the experience and liberal Enlightenment, with its own downfall and mitigation in totalitarian National Socialist criminal law until its revival and renewal today. The authors defend the idea that the principle of offensiveness, while ensuring guaranteed in the constitutions of the Post-war, whose main foundation the idea of protection and concern for victims, this movement has already begun with the modern liberal state, but resumed in sharpness, depth and strength after the Nazi Holocaust.

KEY-WORDS: Harm principle. Legal goods. Vitimary mechanism. Individual freedoms.

¹Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), graduado em Ciências Jurídicas pelo Centro de Estudos Unificados de Teresina, Professor de Iniciação à Advocacia Criminal na Escola Superior da Advocacia do Piauí (ESAPI). E-mail: gustavovasconcelosadv@hotmail.com.

²Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela mesma instituição, especialista em Ciências Criminais pela Rede de Ensino LFG (Universidade Anhanguera / UNIDERP). E-mail: wilsonfranckjunior@gmail.com.

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais; 2 O Absolutismo e a ausência de limites à violência estatal; 3 Bem jurídico, ofensividade e a transição do direito liberal iluminista ao nacional-socialista alemão; 4 As atuais constituições e a preocupação pelas vítimas. A renovação dos princípios de ofensividade e proteção de bens jurídicos; 5 Conclusão; Bibliografia.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente investigação tratará do surgimento da ideia de crime como ofensa a bens jurídicos, resgatando o contexto histórico do seu aparecimento, os motivos que ensejaram a sua derrocada nos Estados Totalitários e, por fim, também a sua respectiva renovação a partir das Constituições do pós-guerra. A investigação vincula-se à tradição da história das ideias jurídicas, o que implica, por certo, considerações de cunho político e cultural, o que é feito a partir da análise das várias concepções de Estado que determinaram as transmutações do conceito de Bem Jurídico e Ofensividade, iniciando-se na modernidade com o Estado absolutista, seguido pelo Estado Liberal de Direito (próprio das ideias iluministas) e do Estado Totalitário, até os atuais Estados Democráticos de Direito. Ao fim, defendemos a ideia de que o princípio de ofensividade, enquanto garantia assegurada nas Constituições do Pós-guerra, tem como principal fundamento a ideia de proteção e preocupação pelas vítimas, movimento este já iniciado na modernidade com o estado liberal, mas retomado com maior agudeza, profundidade e força após o Holocausto Nazista.

2 O ABSOLUTISMO E A AUSÊNCIA DE LIMITES À VIOLÊNCIA ESTATAL.

Queres seguir os velhos caminhos por onde andam os homens perversos? (Jó 22,15-20).

A formação dos Estados modernos nasce com o monopólio público do poder punitivo e a conseqüente supressão da tradicional autoridade das nobrezas locais, em favor da concentração da atividade judiciária nas mãos de funcionários a serviço dos Reis. O conceito de delito fundava-se (nessa época em que a autoridade absoluta dos reis se apoiava no poder do discurso representado pela igreja católica romana) na quebra do dever de lealdade, fidelidade e obediência por parte do súdito-acusado. Violador do mais importante dever do súdito - o de cumprir as leis emanadas do soberano em nome de Deus - o acusado passava a não mais gozar do *status* de cidadão, que somente existia por seu vínculo moral com o monarca, e tornava-se um

inimigo do Estado³.

O caminho para a formação e consolidação dos Estados absolutistas passou pela submissão do poder local por meio da força bruta; a criação dessas unidades políticas foi também a imposição da lei por meio do poderio bélico. Por essa razão, neste período a noção de inimigo do Estado ou inimigo do Rei, distante das atuais proposições relativizadoras da cidadania, relacionava-se com a noção de inimigo militar. O criminoso desafiava o Príncipe e sua máquina de guerra e devia estar disposto a lhe enfrentar em armas, “pois a força da lei é a força do príncipe”⁴. O ritual que precedia a execução da sentença tinha a liturgia própria das paradas militares. A pesquisa de Foucault descreve com precisão esse rito; os oficiais iam a cavalo segundo a seguinte ordem: à frente dois sargentos de polícia em seguida o paciente; depois deste, Bonfort e La Corre caminham juntos à sua esquerda, e davam lugar ao escrivão que os seguiria e desta maneira seguiam até praça pública do grande mercado onde era executado o julgamento.⁵

Escortado pela guarda do monarca formada por um cortejo de militares e burocratas, o acusado seguia para a Praça Pública, onde não era julgado, mas sim “*executado*” contra si um “*juízo*” em que os métodos de produção de provas seriam talvez mais gravosos do que a própria pena. O réu sentiria então o peso da mão do soberano, que lhe mostraria sua “*justiça armada*”, o “gládio que pune o culpado é também o que destrói os inimigos”⁶.

No julgamento ocorriam os suplícios, que nada mais eram do que longas e sanguinolentas sessões de tortura, que tinham por principal objetivo a extração da confissão. A confissão, assunção incontestável de culpa, era muito mais do que uma prova. Com ela o acusado submetia-se novamente à vontade do Monarca, voltava a ser um súdito, reafirmava a veracidade da acusação e comprovava a infalibilidade da justiça do Príncipe. E acima de tudo inocentava o monarca das atrocidades que se seguiriam e assumia o merecimento destas⁷. O acusado, pacificamente, se transformava em Tofet público⁸. E de fato a escusa pelo que se passaria depois era necessária, pois a marca das punições na idade moderna era sua total desproporcionalidade em relação aos delitos cometidos, que tinha por fim evidenciar a absoluta fragilidade do súdito frente ao poder real, poder este desafiado por sua insurgência. Por mais insignificante que fosse o crime, as penas eram severas e geralmente resultavam na morte do “paciente”. O objetivo da punição era muito menos fazer “justiça” adequando a sanção à gravidade do delito, do que

³FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 40.

⁴Ibidem, p. 41.

⁵Ibidem, p. 41.

⁶Ibidem, p.42.

⁷Sobre a confissão como instrumento de absolvição dos perseguidores, cfr., desde uma perspectiva antropológica: GIRARD, René. *A rota antiga dos homens perversos*. São Paulo: Paulus, 2009, p. 128.

⁸Tofet é o nome de uma elevação no vale de Bem-Enom, perto de Jerusalém; altar de Moloc, onde se ofereciam sacrifícios humanos.

mostrar aos demais súditos que o Príncipe tinha muito poder e que estava, sem qualquer pudor, disposto a utilizá-lo.

O direito penal não era então o “direito penal do resultado”, como propria posteriormente Beccaria⁹, e sim o “direito penal da mera desobediência”. A credibilidade das determinações do soberano era, portanto, o objeto por excelência da tutela penal. Obedecer à lei, mesmo que inútil ou mesmo injusta, era obedecer ao Soberano e a ele demonstrar lealdade, conforme explicação contida nesse documento de época:

Mesmo supondo que não haja prejuízo nem injúria ao indivíduo, se foi cometida alguma coisa proibida por lei, é um delito que exige reparação, porque o direito do superior é violado e é injuriar a dignidade de seu caráter.¹⁰

O que legitimava esse estado de coisas era o caráter transcendental da autoridade do Soberano, seu “direito divino” de reinar. Religião, moral e direito eram indistintos, pois da religião cristã derivava a moral, que era o signo do justo, do qual o direito era símbolo. Quem pecava, automaticamente delinquia e a desobediência ao Rei, coroado pelo papa sob a benção de Deus, era um pecado grave. Obedecer ao Príncipe era obedecer a Deus: “E quando alguém pecar fazendo, sem sabê-lo, o que o Eterno proibiu fazer, será culpável e sofrerá a pena da sua iniquidade.” (Levítico 5,17). Deus e por lógica o Rei (preposto de Deus na terra), puniria aquele que fizesse algo proibido por ele, mesmo quem não soubesse da proibição.

A sacralização da figura do rei era evidenciada por textos legais que emulavam trechos da Bíblia Sagrada:

Eu, o Eterno, teu Deus, sou um Deus zeloso que castiga a iniquidade dos pais na pessoa de seus descendentes até a terceira e quarta geração descendentes dos que me odeiam. (Êxodo, 20, 5)

Substituindo Deus pelo soberano tem-se o seguinte nas Ordenações Filipinas:

Lesá Majestade quer dizer traição cometida contra a pessoa do Rey, ou seu Real Estado que he tão grave e abominável crime, e que os antigos Sabedores estranharão, que o comparavão á lepra, porque assi como esta enfermidade enche todo corpo, sem nunca mais poder se curar, e empece ainda os descendentes de quem a tem, e aos que com ele conversão, pólo que he apartado da comunicação da gente; assi o erro da traição condena o que a commette e o empece e infama os que de sua linha descendem, postoque não tenham culpa. (Livro V, título IV)

⁹BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Vicente Sabino Junior. São Paulo: Editora CD, 2006, p. 91.

¹⁰FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir*, p. 41.

O crime era como a lepra, a cólera de Deus, terrível castigo bíblico em forma de doença que atingia o ímpio e seus descendentes. Essa desgraça, tal qual as maldições do Deus de Abraão, poderia atingir o acusado e a sua prole. Esse penalismo místico desconhecia a culpabilidade, a personalidade das penas, os princípios da legalidade e da ofensividade. Observando a realidade do apagar de luzes da idade moderna, homens como Beccaria, Locke, Hobbes, Pufendorf, Hommel, Bentham, Pagano e Romagnosi¹¹ começaram a pensar as bases de um direito penal laico, racional, útil e humanista. Um Direito penal que limitasse o poder do Estado ao necessário para manter a paz entre os homens, que abolisse os espetáculos de crueldade, que fosse um instrumento para garantir a Liberdade. Começaram, enfim, a pensar esse horizonte que até hoje perseguimos.

3 BEM JURÍDICO, OFENSIVIDADE E A TRANSIÇÃO DO DIREITO LIBERAL ILUMINISTA AO NACIONAL-SOCIALISTA ALEMÃO

Se de fato caí em erro, meu erro só diria respeito a mim...
(Jó 19, 2 - 7)

O grande legado dos pensadores iluministas foi o combate às tiranias e ao obscurantismo dos Estados despóticos. Buscava-se o reconhecimento do que Kant chamava de liberdade negativa¹², que pressupunha uma nova forma de compreender o direito. No pensamento medieval e moderno, os direitos dos homens estavam condicionados a sua relação com o soberano, que era ao mesmo tempo seu garantidor, criador e juiz. À margem deste laço sagrado não havia qualquer expectativa de direito, pois rompido o vínculo como soberano estava também rompido o vínculo com Deus.

Para o novo pensamento que se formava, inspirado na filosofia escolástica, os homens nasciam com direitos naturais, que lhes eram próprios e incondicionais. Dada sua necessidade gregária, os homens agrupados em comunidades cederiam parcela de sua liberdade (direito natural central) em troca de segurança¹³. O Reino não poderia mais ser considerado proprietário das almas ali viventes, mas sim produto da cessão de direitos dos súditos para a formação de um “contrato social”.

Uma das principais consequências de pensar a formação do Estado como um contrato era a de que não mais se poderia defender a supressão de direitos sem um motivo útil à comunidade. Surge daí o princípio do “mínimo

¹¹FERRAJOLI, LUIGI. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paulu Zomer et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 372.

¹²KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 352.

¹³FERRAJOLI, L. *Direito e Razão*, p. 372.

de estado quanto necessário”¹⁴, corolário da doutrina utilitarista, que em nenhum campo teve tanta importância quanto no direito penal. A doutrina que pregava a existência de direitos imanentes aos homens e a colateralidade da relação entre cidadão e Estado serviu de pano de fundo para a edição do livro “Dos Delitos e das Penas”, do Marques de Beccaria, considerado por muitos como a certidão de nascimento do direito penal secularizado¹⁵. Essa obra emblemática do período iluminista (1764) trouxe à luz aspectos fundamentais do direito penal e processual penal, muitos dos quais discutidos até hoje. Porém nos ateremos ao tema deste escrito: o princípio da ofensividade penal.

O princípio da ofensividade parte da hipótese de que o direito penal só pode incidir sobre os cidadãos se houver lesão ou risco a terceiros ou à coletividade (*nulla Lex poenalis sine iniuria*). O direito neste prisma é visto como instrumento de garantias à ordem e à convivência social. Um dos teóricos mais influentes da época, Thomas Hobbes, acredita que o uso das leis, as quais considerava não mais do que regras autorizadas, “não tem por finalidade impedir o povo de realizar ações voluntárias, senão dirigir e controlar estas de tal forma que os súditos não se lesionem mutuamente.”¹⁶

Como se lê, as leis não eram, para Hobbes, mais do que regras autorizadas. Nota-se que perderam de todo seu caráter divino e místico. Desobedecer a lei passava a ser apenas desobedecer a lei. Além disso, não eram mais os desígnios de Deus decretados pelo Príncipe. A nova medida das leis era o povo, era para ele que elas eram feitas, afim de que por ele fossem cumpridas. Há aqui uma evidente ruptura entre moral e direito, que permitiu tanto a laicização das leis penais, quanto a liberdade de culto, valor fundamental das sociedades democráticas e que foi pela primeira vez positivado na Declaração de Direitos de Virgínia (E.U.A.) de 1776:

Artigo 18º - A religião ou o culto devido ao Criador, e a maneira de se desobrigar dele, devem ser dirigidos unicamente pela razão e pela convicção, e jamais pela força e pela violência, donde se segue que todo homem deve gozar de inteira liberdade na forma do culto ditado pôr sua consciência e também da mais completa liberdade na forma do culto ditado pela consciência, e não deve ser embaraçado nem punido pelo magistrado, a menos, que, sob pretexto de religião, ele perturbe a paz ou a segurança da sociedade. É dever recíproco de todos os cidadãos praticar a tolerância cristã, o amor à caridade uns com os outros.

Como se lê na Declaração, de nítida influência iluminista, o culto

¹⁴FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*: a Constituição Penal. 2ªEd. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 68.

¹⁵D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.60.

¹⁶FERRAJOLI, L. *Direito e Razão*, p. 372.

de qualquer religião só seria proibido se afetasse a paz ou a segurança da sociedade, portanto, passa a ser a sociedade dos homens o objeto da tutela penal e não a religião. O centro de gravidade do crime se desloca e surge o direito penal do fato danoso. A medida do delito e razão de punir agora estariam vinculadas ao dano que o súdito causou a outro súdito ou à coletividade e não à sua felonía, e, por isso, a medida do delito era agora o seu resultado. Beccaria foi sem dúvida o mais importante expoente dessa ideia:

Alguns delitos destroem imediatamente a sociedade ou quem a represente, outros, ofendem a segurança particular de um cidadão na vida, nos bens ou na honra; outros mais são ações contrárias ao que cada um seja obrigado a fazer ou a não fazer, em atenção ao bem público. Qualquer ação, que não se inclua entre os dois limites anteriores, não pode ser chamada de 'delito', ou como tal punida, a não ser pelos que têm interesse de assim denominá-la.¹⁷

O pensamento iluminista encontrou eco nos revolucionários franceses e conseqüentemente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Na busca do que Kant chamava "liberdade em sentido negativo"¹⁸, liberdade oponível contra o Estado, os constituintes estamparam ali a visão utilitarista do direito penal, defendida em especial por Bentham¹⁹. O direito penal na Carta de 1789 é uma forma de propiciar o exercício mútuo da liberdade:

Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5.º A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene. [...]

Art. 10.º Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

O Direito Penal proposto na declaração de 1789 não estava a serviço do Soberano, nem do reino, nem da elite, tampouco da religião. Estava sim, a serviço do mais fraco, do débil, do indivíduo em face do mais perigoso inimigo do homem e de sua liberdade, o Estado. Como anteriormente dissemos, a criminalização de condutas passou a tutelar o indivíduo e a comunidade. O humanismo renascentista finalmente chegava ao Direito. Com o direito penal voltado para o fato, os homens não mais seriam punidos por suas opiniões,

¹⁷BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*, p. 93.

¹⁸KAUFMANN, A. *Filosofia do direito*, p. 352.

¹⁹BENTHAM, Jeremy. *Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos*. Leme: EDIJUR, 2002, p. 165.

crenças, raças, posições políticas, desde que isso não afetasse a direitos alheios.

No começo do século XIX, Birnbaum e Feurbach, inspirados nas concepções de Locke²⁰, passaram a defender a ideia de que o objeto de tutela da norma não eram os direitos individuais (o Estado era visto também como “sujeito de direitos individuais”), mas sim valores partilhados por toda a comunidade, ou “bens jurídicos”. A eleição do bem jurídico é fundamental para que o princípio da ofensividade tenha verdadeiramente o caráter de garantia. Pois ampliando demasiadamente o rol dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal ou elegendo-os com base em valores antidemocráticos, torna-se possível novamente utilizar a legislação em favor das tiranias e desamparar o povo:

Foi exatamente o que ocorreu no fim do século XIX. Em reação às teorias Darwinistas do direito penal, que negavam o direito penal do fato e tencionavam retornar ao direito penal de autor (fisiologismo jurídico), e com sacralização da pátria, e o ideário ufanista alimentado pelas inúmeras guerras no território europeu, o Estado passa a ser a grande vítima, o grande sujeito da proteção do direito penal, surge o chamado “formalismo ético”²¹. Grandes autores como Binding e Liszt defenderam a existência do bem jurídico como o direito do Estado às ações ou omissões impostas sob a ameaça de pena. Esse retrocesso, como nos lembra Ferrajoli²², ocorreu na segunda metade do século XIX estava em sintonia com a reação antiiluminista e antigarantista. São conceitos que “perderam toda função axiológica” e, por isso, seu significado “não só se amplia, senão que conhece uma radical alteração de seu referente empírico, que se desloca dos interesses individuais afetados para o interesse do Estado”. Mas este interesse, que inicialmente era ligado à ideia de valores que o Estado considera dignos de proteção, passou a ser, mais tarde, simplesmente um interesse na obediência ou na fidelidade dos cidadãos.²³

Ao formalismo ético da Escola Clássica do direito penal, seguiu-se a chamada Escola Jurídica Sul ocidental alemã, ou Escola de Baden, defensora do conceito “metodológico” do bem jurídico²⁴. Para Juristas como Honig, Grünhut e Schwinge, o bem jurídico teria uma função teleológica, sendo expressão última da *ratio legis*²⁵, o bem jurídico transforma-se em um “instrumento positivo e auto reflexivo de legitimação dos interesses tutelados (...) assumidos como ‘valores ético-culturais’”²⁶. Sepulta-se assim a separação entre Direito e Moral, e a busca por valores comunitários justificadores da tutela penal seria futuramente utilizada pelos juristas da Escola de Kiel para

²⁰FERRAJOLI, L. *Direito e Razão*, p.375.

²¹Ibidem, p. 375.

²²Ibidem, p. 375.

²³Ibidem, p. 375.

²⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. 1ªEd. brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 115.

²⁵DIAS, J. F. *Direito Penal*, p. 116.

²⁶FERRAJOLI, L. *Direito e Razão*, p. 376.

pensar um direito penal erigido sobre a “violação de dever, o desvalor da atitude interna ou pela infidelidade ao Estado ou a seu Chefe”²⁷.

Como dissemos anteriormente, a escolha de bens jurídicos caucada em valores antidemocráticos conduz à supressão da natureza garantista do princípio da ofensividade. Se observarmos os bens jurídicos tutelados pelo Código Rocco por exemplo (que teve enorme influência no Código Penal Brasileiro ora vigente) veremos que possibilitam a punição daquele que nenhum mal fez à sociedade ou a terceiros, mas que por ter outra fé ou outros costumes, era alvo de perseguição pelo regime de Mussolini. Dentre as inúmeras abstrações catalogadas no Código Rocco como ‘bens jurídicos’ e como rótulo de outras tantas classes de delito, estão, por exemplo, a personalidade do Estado, a administração pública, a atividade judicial, a religião do Estado, o respeito para com os mortos, a ordem pública, a fé e a economia pública, a indústria e o comércio, a moralidade e os bons costumes, o pudor e a honra sexual, a integridade da estirpe, a família, o matrimônio, a moral e os deveres de assistência familiar, o patrimônio e só em último caso a integridade física das pessoas.

Esses “bens jurídicos” podem ser objetos de proteção penal? A resposta é afirmativa, sem dúvida. Porém, evidentemente, não o serão em um Estado Democrático de Direito. Para um só exemplo, tomemos o caso da tutela à “Religião do Estado”. No contexto brasileiro ela seria, sem dúvida, impossível, pois esbarraria, desde logo, no direito fundamental à liberdade de crença e culto, insculpido no Artigo 5º, inciso VI da Constituição da República. Em uma sociedade pluralista, cuja função da lei é assegurar a coexistência da diversidade cultural, religiosa, sexual, política, etc, não haveria espaço para tal criminalização. Todavia o mesmo não vale para os Estado totalitários, em que a lei, em especial a lei penal, é um dos instrumentos - talvez o favorito, por dar uma determinada e demagógica aparência de legalidade - à eliminação das diferenças, que acaba sendo possível tanto pela mitificação dos “valores sociais”, o qual funciona como fator de reconhecimento dos súditos, quanto pelo respeito ao Estado (e ao líder), cujo supremo valor autoriza praticamente os atos mais atrozes. O homem então se torna mero instrumento do Estado “Moloch”, e as leis não mais o amparam como antes, já que seu destino é ser sacrificado no Tofet da pátria:

A sociedade representada no Estado substitui o espaço antes ocupado pelo homem, e o centro o direito penal é ocupado por conceitos como fidelidade e obediência. E, neste abandono do particular em prol da coletividade, a noção de liberdade individual transmuta-se em deveres morais para com a comunidade.”²⁸

Por isso, na Alemanha, o direito penal do autor acabou por ser

²⁷FERRAJOLI, L. *Direito e Razão*, p. 376.

²⁸D’AVILA, F. R. *Ofensividade em Direito Penal*, p. 51.

completamente ressuscitado. Os infelizes “inimigos” do “são sentimento do povo alemão” (Art. 2º do Código penal alemão) foram mortos aos milhões. Judeus, ciganos, homossexuais, comunistas, maçons, a eliminação física das minorias foi um ambicioso e bem sucedido projeto estatal. O Estado Nazista deu a seus cidadãos um pretexto “legítimo” de exercitar a crueldade que reside em cada um de nós e eles assim o fizeram. Os nazistas criaram uma nova cultura e, como toda cultura, esta também nasceu pelo derramamento do sangue de inocentes. O sacrifício dos milhões bodes expiatórios uniu o povo alemão pela catarse coletiva e por isso os laços de lealdade com o Führer, decorrentes da ilusão mítica da eliminação do mal, eram tão estreitos que pareciam sobrenaturais. Mas como o altar de Moloch sempre reclama mais sangue, seriam, depois de alguns anos, ironicamente, os nazistas os sacrificados para o surgimento de uma nova cultura, calcada nos valores violentamente combatidos pelo regime nazista.

4 AS ATUAIS CONSTITUIÇÕES E A PREOCUPAÇÃO PELAS VÍTIMAS. A RENOVÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE OFENSIVIDADE E PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

A Justiça vestia como túnica, o Direito era meu manto e meu turbante.
(Jó 29, 2-25)

Nunca na história humanidade o mecanismo vitimário (ou mecanismo de Bode Expiatório) pôde ser levado ao seu extremo de forma tão profunda quanto no Holocausto do Regime Nacional-Socialista, o que tornou evidente a necessidade de mecanismos para a proteção de pessoas perseguidas em seus próprios países, por sua própria comunidade, seus concidadãos e vizinhos. Não repetir *Auschwitz* tornou-se a missão precípua de todo jurista. Dos escombros da guerra surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a positivação do direito do mais fraco. A lei penal ganhara um novo objetivo e sentido, a proteção dos direitos humanos. Vivemos a era da moderna preocupação com as vítimas ou, nas palavras de Girard, a era do “Triunfo da Cruz”.

Não repetir *Auschwitz* importa não permitir a formação da violência unânime presente no mecanismo do “bode expiatório”, em que as majorias, acreditando na ilusão mítica de que a violência traz a Justiça, acaba (inflamadas por demagogos) perseguindo as minorias. Por essa razão, a Declaração dos Direitos Humanos reclama tutela contra a violência discriminatória, e também tenta impedir que este mecanismo forme-se institucionalmente, impondo, por isso, limitações aos Estados signatários. Enfim, a Carta de 1948 torna positivados os interesses do débil em face aos do forte. Assim o que Nietzsche chamava de “moral dos escravos” é modernamente nosso valor mais caro!

As Constituições do pós-guerra (como a Alemã de 1949 e a italiana

de 1947) recepcionaram os direitos humanos contidos na Carta de 1948 como direitos fundamentais, que tem caráter notadamente antimajoritário, pois visam impedir a formação do mecanismo vitimário. Eles não estão à disposição das maiorias parlamentares, pois, nessa lógica, como nos lembra Luciano Feldens, “é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário”²⁹. Os Direitos Fundamentais são como Jó nos dias que antecederam ao seu infortúnio³⁰, servem, prioritariamente, aos vulneráveis:

Eu livrava o pobre que pedia socorro e o órfão que não tinha auxílio. A bênção do moribundo pousava sobre mim, e eu alegrava o coração da viúva. A Justiça eu vestia como túnica, o Direito era meu manto e meu turbante. Era o olho para o cego, era pés para o coxo, Era o pai dos pobres, e examinava a causa de um desconhecido. Quebrava as mandíbulas do malvado, para arrancar-lhes a presa dos dentes. (Jó 29, 2-25)

A índole vitimária dos Direitos Humanos/Fundamentais foi a herança involuntária do nazismo, que desejando exterminar as minorias, deu-lhes um supremo instrumento de proteção. Em resposta ao irracionalismo e misticismo que conduziram a Europa ao quase total e absoluto caos, retomaram-se os valores racionalistas do iluminismo e, conseqüentemente, houve o renascimento da cultura penal liberal e democrática, onde o conceito de bem jurídico recuperou o seu caráter garantista³¹ e encontrou novamente um terreno fértil ao seu desenvolvimento, o que esperamos não seja outra vez suprimido, pois, para fazê-lo, ter-se-ia que abandonar nossa atual Constituição, pois o Bem Jurídico, enquanto valor, foi reconhecido como valor relevante para o seu pertencimento à ordem Constitucional brasileira. Assim o defende, entre nós, também D’Avila:

O bem jurídico-penal é (i.e., deve ser, inapelavelmente) a representação jurídica de um valor e corporizável. E, assim sendo, carecerá apenas de uma última dimensão de análise, da análise axiológica, que hoje, em razão da conformação normativa dos Estados Democráticos de Direito, não pode ser senão a partir de uma leitura constitucional.³²

5 CONCLUSÃO

Por meio dos Direitos Fundamentais como fonte valorativa do

²⁹FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2ªEd. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 69.

³⁰Jó foi tornado Bode Expiatório de sua própria comunidade. Uma profunda reflexão do caso de Jó, desde o ponto de vista antropológico, foi lançada por René Girard, no livro *A rota antiga dos homens perversos*. (referência completa na bibliografia).

³¹FERRAJOLI, L. *Direito e Razão*, p. 376.

³²D’AVILA, F. R. *Ofensividade em Direito Penal*, p. 97.

Direito Penal, o princípio da ofensividade recupera de todo o seu potencial crítico e, no regime constitucional vigente, torna-se decorrência natural do princípio democrático e do princípio da liberdade. Garantia de que ninguém será punido por seu credo, sua raça, seus pensamentos, sua orientação sexual, sua origem, seu posicionamento político, sua ideologia, seus pecados, etc³³. Garantia de uma sociedade plural, voltada para a auto-realização de seus membros e a proteção do mais importante dos Direitos, a Liberdade!

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Vicente Sabino Junior. São Paulo: Editora CD, 2006.

BENTHAN, Jeremy. *Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos*. Leme: EDIJUR, 2002.

D'AVILA, Fábio Roberto. Aproximação à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo. In: GAUER, R. M. C. (Org.). *Criminologia e sistemas jurídicos-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. 1ªEd. brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2ªEd. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, LUIGI. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paulu Zomer et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIRARD, René. *A rota antiga dos homens perversos*. São Paulo: Paulus, 2009.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

³³D'AVILA, F. R. *Ofensividade em Direito Penal*, p. 68.